

# SUJEITO LIVRE E DISCERNIMENTO DA LEI\*

Juan Antonio Senent de Frutos\*\*

Porque sé las cosas, soy  
y me sé señor del mundo (...)  
solamente la justicia  
se me escapa de las manos  
por las manos de otros hombres  
como yo, señores, libres.

Pedro Casaldáliga  
El tiempo y la espera

**Resumo:** O presente trabalho tem como pano de fundo o problema geral da relação entre as pessoas e os sistemas legais. Em particular, trata a questão da secularização da lei na antiguidade e na modernidade. Para isso, parte-se da perspectiva da lei mostrada por Jesus, como motor da crítica secularizadora. Por sua vez, aborda-se o problema do sujeito em nosso contexto, a crítica da idéia de sujeito na pós-modernidade atual e a reivindicação de outros caminhos para a expressão do humano, a partir de algumas experiências históricas e atuais que possibilitem outro marco de relação com a lei.

**Palavras-chave:** Secularização. Jesus. Lei. Modernidade. Sujeito.

**Sumário:** Introdução; 1 Delimitação geral da questão do sujeito livre e o discernimento da lei; 1.1 “Sujeito” e “contexto” de recuperação da “perspectiva do sujeito”; 1.2 Contexto de recuperação da perspectiva do sujeito diante da lei e das instituições; 2. Jesus como sujeito: 2.1 Disposições e atitudes do sujeito diante da lei a partir da perspectiva de Jesus; 2.2 Posição de Jesus diante da lei: o sujeito como senhor da lei; 2.3 Sujeito e teoria jurídica: a questão do Sábado e a superação do universo da lei; 3 Sujeito e modernidade; 3.1 Sócrates e a lei: a impugnação do discernimento diante da lei; 3.2 Fora ou dentro da lei: submissão e liberdade; 3.3 Questionamento da “supremacia” da lei; 3.4 Subjetividade real do sujeito, liberdade, direitos e lei; 3.5 Sujeito, sujeito titular e direitos humanos.

\* Original em espanhol publicado na *Revista Isidorianum*, Año XV, 2006, n° 30, páginas 67-109. Tradução para o português de Luciana Caplan.

\*\* Professor de Filosofia do Direito. Universidad de Sevilla. senent@us.es

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como pano de fundo o problema geral da relação entre as pessoas e os sistemas legais. A partir desse marco, aborda-se a questão da secularização da lei desde uma dupla perspectiva, histórica e atual. Em termos históricos, buscam-se os elementos que, no contexto cultural ocidental, deram lugar a esse processo complexo. Parte-se da perspectiva da lei mostrada por Jesus como motor da crítica secularizadora. Na história, suspeitou-se mais

das pessoas que das boas instituições legais ou políticas. Diante disso, irrompe a posição de Jesus de que as instituições são meios a serviço da vida das pessoas, que são, portanto, o fim ao qual devem servir. Este é o ponto de partida para uma

crítica secularizadora e humanizadora das instituições. Quando se entra em diálogo com outras posições de nossa Antigüidade, por exemplo, com o mundo grego, esta posição mostrará alguns dos limites que o funcionamento das instituições legais tem para os seres humanos. Na modernidade, onde também se parte de uma secularização que busca a humanização das instituições, adota-se uma posição de defesa da pessoa diante do sistema legal e político, fundamentalmente propondo direitos do indivíduo, prévios à lei e ao Estado. Os sistemas le-

“Nesse contexto, e diante dos limites que este processo de aperfeiçoamento das instituições tem, surge de novo, na atualidade, a necessidade de pensar um marco de relação entre os sujeitos e as instituições, que não seja de simples subordinação. O que se propõe não é somente a questão do tipo de instituição a implantar, mas o tipo de sujeito e de relação que será mantida com as instituições. Aí se localiza, então, a possibilidade do discernimento da lei.”

gais tornam-se melhores incorporando direitos humanos, mas antepondo, novamente, instituição à pessoa. Nesse contexto, e diante dos limites que este processo de aperfeiçoamento das instituições tem, surge de novo, na atualidade, a necessidade de pensar um marco de relação entre os sujeitos e as instituições, que não seja de simples subordinação. O que se propõe não é somente a questão do tipo de instituição a implantar, mas o tipo de sujeito e de relação que será mantida com as instituições. Aí se localiza, então, a possibilidade do discernimento da lei.

Isso exige, por sua vez, recuperar o problema do sujeito em nosso contexto, a crítica da idéia de sujeito na pós-modernidade atual e a reivindicação de outros caminhos para a expressão do humano, a partir de algumas experiências

históricas e atuais que possibilitem outro marco de relação com a lei.

Quanto ao modo de abordar essas questões assinaladas, tratei de desenvolver uma reflexão livre a partir de alguns temas abordados por Franz J. Hinkelammert no livro *El grito del Sujeto. Del teatro mundo del evangelio de Juan al perro mundo de la globalización* (San José, 1999). Aí se propõe a possibilidade de elaborar uma crítica da lei e do poder, inspirando-se nos textos do evangelho de João. Em meu ponto de vista, o evangelho de João é um livro que ilumina a história, no sen-

tido de Zubiri, já que permite reconhecer novas possibilidades de inteligência para a ação humana. O livro de Hinkelammert trata de apontar essas possibilidades. Uma vez mais, o “novo” reside na recuperação da “originalidade”. Isto é, em sua capacidade para voltar a ler nas origens a experiência histórica do cristianismo. Aí se vislumbram possibilidades de ação e hábitos, de formas de construir e de estar na realidade a partir de onde relacionar-se com a lei e com o poder que foram fechadas, ainda que não extintas, com a inculturação do cristianismo na sociedade do império romano. Desde este fundamento, tratei de lançar alguns problemas e de ensaiar alguns caminhos, em forma, ainda muito experimental.

## 1 DELIMITAÇÃO GERAL DA QUESTÃO SUJEITO LIVRE E DO DISCERNIMENTO DA LEI

### 1.1 “Sujeito” e contexto de recuperação da “perspectiva do sujeito”:

Propor, hoje, a questão da relação dos sujeitos diante das instituições legais pode parecer uma tarefa impossível em tempos pós-modernos e pós-metafísicos. No terreno das idéias, nos dizem que não há certezas de nenhum tipo. Neste contexto, se nos perguntamos pelo sujeito, em meios acadêmicos, nos dirão, parafraseando a Nietzsche, que não há “sujeitos”, mas “interpretações de sujeitos”.

Assim, não haveria fatos, mas interpretações de fatos. E uma interpretação não deixa de ser um artifício entre outros possíveis. Não há uma verdade do “sujeito” acessível. Este é o preconceito sobre o qual gira a moderna teoria do conhecimento “crítica”. Não há acesso às coisas “em si”. Nietzsche culminará este caminho crítico da modernidade introduzindo-nos na pós-modernidade. Como não há acesso, o conhecimento está desfundamentado, qualquer opinião vale porque nenhuma vale nada. O conhecimento, então, é uma grande mentira, legitimado pela aparência de verdade que se pretende a partir da história, da moral, da religião ou do poder. A saída de Nietzsche, neste ponto onde desemboca sua radicalização do criticismo moderno<sup>1</sup>, é postular uma instância radical de verdade, que nos permite não apenas conhecer nosso modo de conhecimento, mas os autênticos instintos que criam nossa realidade humana. Desde o conhecimento “fisiológico”, o único que pode pretender oferecer a verdade de ser humano, pretende-se discernir entre os instintos fortemente humanos e os debilmente humanos. Esse conhecimento fisiológico é o que, mais além de Nietzsche, orienta o realismo político hegemônico. O homem é o lobo do homem, da natureza, e das outras culturas, religiões e Deus - ou domina, ou será dominado. O grande desconstrutor dos resíduos metafísicos do ocidente lança-nos, por sua vez, paradoxalmente,

<sup>1</sup> Conill, J., *El poder de la mentira*, Madrid, 1997, p. 22 e ss.

à mesma inmovível segurança sobre o destino do humano à que nos projeta o realismo político. Paradoxalmente, de “interpretações”, passamos a evidências.

Por isso, dizia a princípio, que propor um marco para que possa existir uma relação entre os sujeitos e as leis é uma tarefa só aparentemente impossível, pois o discurso pós-moderno tem um caráter fortemente ideológico. Se existe algo assim como uma relação anterior ou coetânea dos sujeitos frente às instituições legais, estas seriam inviáveis. Ou os sujeitos estão no marco institucional subsumidos e regulados, ou a regulação seria um sem-sentido. Nesse discurso, esconde-se um pressuposto ou idéia forte de ser humano de caráter dogmático e que pretende fechar qualquer outro caminho de expressão e construção do humano.

Nesse sentido, vivemos tempos duplamente nietzschianos. (Sem que isso suponha outorgar-lhe qualquer poder de causação do tempo presente). No plano das idéias, movemo-nos na incerteza. No plano das realizações da razão prática hegemônica, atua-se desde o postulado de que a dominação, em última instância a morte do outro, é a garantia de vida para si. Esta é a maior segurança metafísica de nosso tempo sócio-histórico.

Já sabemos o que a história deu de si. O grande profeta de nosso tempo recorda-nos caso tenhamos esquecido: “A história inteira não é outra coisa senão a refutação

empírica do princípio relativo à chamada “ordem moral do mundo”.<sup>2</sup> Por isso, “sabemos que o mundo onde vivemos é imoral, não-divino, inumano”.<sup>3</sup>

A partir das idéias dominantes da cultura ocidental, costuma-se apresentar o ser humano como defrontado e oposto ao mundo. Este sujeito é um pressuposto metafísico que se historiciza. Se conseguir permanecer em seu ser, é vencendo ao mundo (sujeito da técnica moderna), e quando se articula social e juridicamente com os outros, ou é negando-se a si próprio (abandonando seu ser-estado *natural*), para entrar domesticado no circuito da obediência ao poder, ou negando aos demais (indivíduo proprietário). Na realidade, uma ou outra posição expressa o medo do outro; tanto da natureza como dos outros sujeitos. Socialmente domesticado para evitar o caos a que conduziria a livre expressão da subjetividade de cada pessoa (declaração de guerra desde cima, fonte de diversos totalitarismos), ou outro caminho “deixar-lhe” que faça a guerra para que produza ordem entre os outros submetidos (declaração de guerra entre os iguais, para que produzam desigualdade, ou seja, a geração de ordem por meio do mercado). Por diferentes caminhos, o mesmo ponto de partida conduz ao mesmo ponto de chegada.

Apontemos alguns caminhos tomados a partir desses pressupostos. Para Hobbes, a pessoa é um complexo material movido pe-

<sup>2</sup> Nietzsche, F., *Ecce homo. Como se llega a ser lo que es*, Madrid, 1993, p. 163.

<sup>3</sup> ———, *El nihilismo: Escritos póstumos*, Península, Barcelona, 1998, p. 38.

los instintos<sup>4</sup>, e resguarda-se dominando aos demais. Para Locke, o corpo está dirigido pela razão que lhe ordena sua auto-preservação individual, não havendo responsabilidade pelos outros.<sup>5</sup> Para Nietzsche, a salvação do ser humano está em seguir os instintos mais fortes, mais perigosos, na vontade de poder que é um plágio da vontade de dominação.<sup>6</sup> O pano de fundo da proposição weberiana do poder fundamenta-se na dominação da fera que é o ser humano. Para Weber<sup>7</sup>, a “arte real da política na qual *não há quebras*” é, em última instância, a guerra.<sup>8</sup> O “Estado só é definível sociologicamente por referência a um meio específico que possui: a violência física. Todo estado está fundado na violência (...). A violência não é naturalmente nem o meio normal nem o único meio de que o Estado se vale, mas sim o seu meio específico”.<sup>9</sup> Esse meio distintivo, que é/ deve ser monopolizado pelo poder

público, é a possibilidade radical de ser tal poder. O que é primeira ratio, desde um ponto de vista interno e circular, também pode ser sua última ratio. Não é a violência a última ratio do Estado porque, em última instância, depois de outras máscaras sociais, há sempre uma fera a ser submetida? De outra parte, qual é a fera a ser submetida? É simplesmente o sujeito perigoso de condutas agressivas e anti-sociais, ou é também a *hybris* dos fracos que querem orientar o funcionamento das leis e do poder a seu serviço, que pretendem que “outro mundo é possível”?

Os cantos de sereia da pós-modernidade querem nos despistar de que vivemos tempos *modernos, demasiadamente modernos*. Por isso, o problema de nossa época não é a afirmação de certezas perdidas, mas a abertura de novos sentidos da história e, com isso, a busca de melhores possibilidades de vida para todos. Um mundo, apesar de

<sup>4</sup> Hobbes, Th. *Leviatán* (1651) Parte I.

<sup>5</sup> Locke, J. *Segundo tratado del gobierno civil* (1690), *passim*.

<sup>6</sup> A partir dos instintos fortes, libera-se o poder destrutivo-criador. Sendo a destruição, a abolição da solidariedade dos fracos, do amor ao próximo, da compaixão, do desejo de vida longa; e estando o caminho do humano, na luta sem piedade, liberado da compaixão, para assegurar a assimetria da dominação que prescreve o espírito aristocrático, rebelião contra o espírito democrático, por trás do qual se escondem os perdedores e os decadentes. Contudo, os fortes não estão seguros, por trás da falsa humildade dos fracos se esconde seu ressentimento, que volta por trás do instinto de rebanho e seu desejo de igualdade para combater aos melhores tipos. O imperativo é “nunca fazer igual ao desigual”, nisso consiste a rebelião dos melhores: “os mais fortes e afortunados são fracos quando têm contra si os organizados instintos do rebanho, a covardia dos fracos, superiores em número. [...] Ainda que pareça estranho: sempre há que se armar os fortes diante dos fracos, aos afortunados diante dos desafortunados, aos sábios diante dos degradados e tarados geneticamente” (Nietzsche, F. *El nihilismo: Escritos póstumos*, Barcelona, 1998, p. 131-132). Por isso, “Aos iguais, igualdade; aos desiguais, desigualdade – assim fala a justiça para nós. E o que se depreende disso: nunca fazer igual ao desigual” (*ib.*), p. 163. Nestes tempos neonietzscheanos, não deve surpreender que este autor (ainda que isto não se escute com frequência), tenha o mesmo ideal de justiça que o grande preceptor de Alexandre Magno: Aristóteles.

<sup>7</sup> Max Weber, apesar das diferenças, move-se no mesmo horizonte metodológico que Carl Schmitt. Para este, o espaço do político está delimitado pela distinção de amigo e inimigo. Inimigos são aqueles outros a quem se pode, potencialmente, fazer a guerra e, por tanto, matar fisicamente. Entre os “amigos” (o espaço social próprio que está construído politicamente pela delimitação do interno e do externo), sobre os quais tem autoridade um soberano, pode se dar o Direito em sentido estrito.

<sup>8</sup> Weber, M. *La política como vocación*, trad. F. Rubio Llorente, p. 170 (sub. meu).

<sup>9</sup> *Ib.* p. 83.

Nietzsche, mais humano e, por isso, mais divino.

Assinala John Holloway que a luta revolucionária é, hoje, “uma luta contra a reificação e a certeza”.<sup>10</sup> Se Nietzsche tem razão, então também a tem Ellacuría: cansados já da repetição da história da dominação, há que se “reverter a história, subvertê-la e lançá-la em outra direção”. Na realidade, não é nada novo. É a luta de sempre que cada vez se vê mais necessária. O ser humano acaba por não se conformar com a habitualidade do medo, do sofrimento e da desesperança. Mais uma vez, bate nas portas do céu. Não sabe o que é o céu, mas o inventa, o projeta e o experimenta em suas *relações reconstruídas* como superação do tempo presente. O animal de realidades, como gostava de dizer Zubiri, revela-se como um ser rebelde: não se conforma com o inferno na terra.

Nesse contexto, dá-se o “retorno do sujeito”, não em forma de idéia, mas a partir das condições práticas de nossa história atual. É teoria, em um segundo e derivado momento.

Há uma ubiquidade de experiências limite (insuportabilidade, inaceitabilidade da vida/vidas na sociedade mundial globalizada), por isso são globais. Afetam-nos a todos, ainda que não a todos em

condições iguais. Concerne a todos e isso é cada vez mais visível. Nem as ilhas de riqueza e de segurança com o primeiro mundo se acreditam a salvo ou podem assegurar aquilo que pretendem.

O retorno do sujeito se dá em forma de sujeito crítico-prático. Diz Holloway sobre o sujeito crítico:

[...] somos pessoas cuja subjetividade é parte do lodo da sociedade em que vivemos, somos moscas presas na teia de aranha./ Quem somos, pois, e como podemos criticar? A resposta mais óbvia é que nossa crítica e nosso grito surgem de nossa experiência negativa da sociedade capitalista, do fato de que estamos oprimidos, de que somos explorados. Nosso grito provém da experiência da separação entre o fazer e o feito, diariamente repetida, uma separação experimentada mais intensamente no processo de exploração, mas que impregna cada aspecto da vida”.<sup>11</sup>

Considero que é assim, mas, ademais, há que se indicar que, como assinalamos antes, todos estão afetados<sup>12</sup> pelas dinâmicas de exploração pluriformes, os críticos e os não-críticos. O “anti-sujeito” pretende se assegurar continuando as tendências destrutivas do sistema global. O sujeito rebela-se contra elas. Mas essa rebelião é já potencialmen-

<sup>10</sup> HOLLOWAY, John. *Cambiar el mundo sin tomar el poder. El significado de la revolución hoy*, 2002, p. 192.

<sup>11</sup> *Ib.*, p. 193.

<sup>12</sup> Os fabricantes das telas de aranha também se vêem envoltos em suas próprias armadilhas. De alguma maneira, a não solidariedade exercida contra outros e contra a natureza volta, às vezes, inesperadamente. Assim, por exemplo, como já vamos conhecendo cada vez com maior clareza e atualidade, há uma responsabilidade social na geração de desordens meio-ambientais que termina afetando negativamente às condições de sobrevivência e desenvolvimento da vida humana. Muitos dos chamados desastres naturais estão agravados e potencializados pela atividade social. A negação da própria responsabilidade pode terminar sendo suicida.

te ubíqua. Pode se dar em qualquer lugar, em qualquer momento e por qualquer um. A tópica clássica dos sujeitos revolucionários é, hoje, redimensionada.

Por isso, assinala Hinkelammert, que

[...] o ser humano não é sujeito, mas há um processo no qual se revela que não pode viver sem se fazer sujeito. Não há sobrevivência porque o processo que se desenvolve em função da inércia do sistema é autodestrutivo. Esmaga o sujeito, que cobra consciência de ser chamado a ser sujeito enquanto resiste a esta destrutividade. Tem que se opor à inércia do sistema se quer viver e, ao se opor, desenvolve-se como sujeito.<sup>13</sup>

Nesse contexto, não é outro *a priori* construído o que se propõe, mas refutar o *a priori* metafísico que orienta o dinamismo

de nossa história: “Por isso, o sujeito não é um *a priori* do processo, mas resulta como seu *a posteriori*”.<sup>14</sup>

Ainda supondo que a verdade transcendental do ser humano consistisse em um afã predatório auto-referencial inscrito em seus dinamismos instintivos mais recorrentes; surge um grito, uma necessidade, uma exigência, um pedido, outra projeção, uma posição e uma disposição diferentes: outro sujeito é possível. Surge da experiência vivi-

da, da consciência lúcida, iluminada e esperançosa; do cansaço da verdade construída e repetida, normalizada, projetada e realizada uma e outra vez, da vontade rebelde que não se entrega à morte rápida e que busca reproduzir a vida; da cotidianidade das vidas simples.

Nem a dominação nem a ferocidade destrutiva do ser humano são a última palavra da história sobre o poder ou sobre a expressão do ser humano. O sujeito se revolve e se rebela, cansado da mecânica cega retributiva, que parece triunfar na ordem empírica: o poder está para dominar; a segurança do direito para a insegurança dos fracos; a economia a serviço dos fortes. A partir daí, interpela o funcionamento das instituições para subvertê-las com uma orientação includente.

No entanto, para interpelar a dinâmica da ordem histórica, tem que “reinventar-se” como sujeito. Por isso, a teoria reflete do sujeito a partir das experiências de oposição às tendências destrutivas, visualiza outra idéia de sujeito, que não pode se inscrever em outras conceitualizações da pessoa, como é a de “indivíduo” (pré-social e desvinculado moral e materialmente, na tradição liberal-burguesa); ou a de “sujeito do conhecimento” (na perspectiva epistemológica e

“Nem a dominação nem a ferocidade destrutiva do ser humano são a última palavra da história sobre o poder ou sobre a expressão do ser humano. O sujeito se revolve e se rebela, cansado da mecânica cega retributiva, que parece triunfar na ordem empírica: o poder está para dominar; a segurança do direito para a insegurança dos fracos; a economia a serviço dos fortes. A partir daí, interpela o funcionamento das instituições para subvertê-las com uma orientação includente.”

<sup>13</sup> Hinkelammert, F., “La vuelta del sujeto reprimido frente a la estrategia de la globalización” em *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Herrera, J. (ed.), Bilbao, 2000, p. 212.

<sup>14</sup> *Ib.*

metafísica da filosofia moderna) desvinculado do mundo-objeto; mas tampouco é o mero “sujeito de direito” (que opera no Direito graças ao próprio Direito e ao reconhecimento do Estado).

O “sujeito” não é um ente metafísico transmundano nem uma futilidade, mas um ser deste mundo, constituído em uma rede social e natural, que é transcendente no mundo. Esta transcendência intramundana é a que lhe permite *reconhecer-se* vinculado, atravessado tanto pelos outros humanos como pela natureza. A idéia “assassinato é suicídio”<sup>15</sup>, onde assassinato é tanto o do outro como a morte da natureza, dá conta da seriedade com que o sujeito se reconhece sendo também pelo outro e pelo natural e, portanto, sabe radicalmente de sua interdependência. Esta conceitualização da pessoa como “sujeito” expressa a necessidade de superar outras visões insuficientes e ineficazes da realidade humana, mas ela é fruto de uma “perspectiva”, de uma visão transcendente porque não se esgota no limite da pele, mas busca, além disso, sua realidade imediata, o que também forma parte de sua realidade e de sua experiência, mas que não pode levá-las em consideração, senão “descentrando-se”. Ao transcender o limite de seu corpo e de seu interesse e realização auto-centrada, pode se reconhecer inscrito em um “circuito social e natural”. A “saída” de si para responsabilizar-se pela sorte dos outros e da natureza não é

decadência nem enfermidade da vontade, não é “esquecimento ou negação de si” e permite um reencontro mais pleno com sua subjetividade enriquecida pelo real. A afirmação da vida como “centramento em si” aparece, então, desde esta perspectiva, como engano, a mentira que lhe impede de ver que os outros/o outro são condição de possibilidade de sua vida.

O sujeito não é um ponto de partida: é uma reação que busca alterar a mecânica de reações previsíveis do sistema enquanto excludente. Reação que segue a ação, *mas que não se segue dela*. O ser humano se faz sujeito quando trata de introduzir uma novidade na ordem empírica, subvertendo-a.

## 1.2 Contexto de recuperação da perspectiva do sujeito diante da lei e das instituições

Na América Latina brota de novo a crítica da lei, propiciada pela experiência cotidiana de que o funcionamento da legalidade não *serve* em muitos casos<sup>16</sup> às necessidades das maiorias populares mas, a meu juízo, intensificado por um caso extremo. O cumprimento da lei que obriga ao pagamento da dívida externa como conjunção da legalidade do Estado de Direito e das leis do mercado e que condena as maiorias populares de tantos países latino-americanos a situações de abandono social e lhes cerra possibilidades de desenvolvimento humano. A

<sup>15</sup> Hinkelammert, F., *Solidaridad o suicidio colectivo*, Costa Rica, 2003, p. 91 e ss.

<sup>16</sup> É algo que foi mostrado por Elsa Tamez em “Pablo y la ley en Romanos. Una relectura desde América Latina”, 2004. (Texto documentação DEI).



lei é cumprida a partir de uma dupla necessidade, (1) cumprir com as obrigações assumidas nos contratos (2) para que possam seguir operando as leis de mercado. Sem cumprimento das obrigações assumidas, rompe-se a confiança para seguir operando economicamente. Ou pagamento ou exclusão do mercado global. E, no entanto, pagando a dívida, nunca se chega a cumprir plenamente com a obrigação. Aprofundam-se, então, os efeitos da pauperização social que mostram a insustentabilidade e a irracionalidade da legalidade que condena ao pagamento da dívida externa.<sup>17</sup> Neste contexto, emerge a necessidade de pensar sobre o cumprimento das leis, jurídicas e econômicas. A reflexão, então, questiona tanto o Estado de direito como o capitalismo, pensando também sobre suas possíveis alternativas.

O que se percebe não é meramente o que tantas vezes se falou acerca dos países latino americanos, sobre a corrupção dos administradores públicos e sobre o déficit de institucionalização dos mecanismos do Estado de direito. Se em sua origem os compromissos de financiamento surgem, às vezes, de dinâmicas de corrupção, o cumprimento fiel das obrigações assumidas é fruto de uma “melhora” na dinâmica de funcionamento do Estado de direito. Quanto mais se cumpre, mais “segurança jurídica” existe de que o credores têm garantida a cobrança dos juros e do capital emprestados. Se um país trata de pagar, então pode-

rá seguir recebendo novos créditos, para poder pagar os créditos anteriores. O caso da Argentina, nos últimos anos, mostra como quanto mais segurança jurídica conseguem os credores internacionais, mais segurança social se pode gerar. Esta experiência, como outras semelhantes, mostra uma quebra da justificação universal de pagamento das dívidas.

A ideologia hegemônica impôs duas evidências: a primeira, sem cumprimento universal da lei não é possível a vida social, sendo o Estado a instância para sua efetividade: o Estado de direito servindo à lei evita o caos. A segunda é que não há alternativa ao Capitalismo: ou leis do mercado sem distorções ou miséria e morte. A subjetividade estaria, então, ideologicamente subsumida e garantida tanto pelo funcionamento do Estado de direito como pela economia capitalista.

Quando, nas últimas décadas, a realidade social desmente estas evidências, aparece, então, a vida esmagada tanto pelo Estado de direito como pelo sistema econômico. O que se postulava como mediações necessárias para possibilitar a vida humana em sociedade, aparece como instituições que aprisionam e que chegam a executar vidas. Por isso, o que se apresentava como esperança civilizatória para enfrentar os males sociais, apresenta-se, hoje, como problema.

Surgem, então, os dilemas cuja apresentação *não prejudica* nenhuma solução de antemão. A vida

<sup>17</sup> Hinkelammert, F., “¿Hay una salida al problema de la deuda externa?”, em *EL huracán de la globalización*, Hinkelammert, F. (compilador), San José, 1999.

ou a lei, o capitalismo ou a vida. Não há soluções unipolares, só há a emergência do problema que antes não podia ser reconhecido com a mesma intensidade. A problemática, em si mesma, reside em que se rompe a identidade entre proteção da vida e funcionamento da instituição. Ao não estar assegurada, ao contrário, colocada em perigo pela própria dinâmica institucional, surge, então, a reflexão pelo tipo de instituições a implantar. Entretanto, esta não é a maior reflexão. Os dilemas surgem porque se visualiza a *tensão* entre vida dos sujeitos e instituições. A tensão existente (“alta”) pode dar lugar a uma “reforma” das instituições legais e econômicas. Mas não é este o fato maior, de onde a pergunta que surge não é *que lei/instituição* estabelecer, mas *que relação com a lei/instituição* manter, inclusive com as “boas” leis e as “boas” instituições econômicas e políticas. A partir daí, apresenta-se a necessidade de realizar e manter um “discernimento da lei e das instituições”, discernimento que não é simples ato, mas processo que acompanha a vida dos sujeitos do mesmo modo que lhe acompanha o funcionamento das instituições. Dada a tensão, não pode haver com elas uma relação ingênua. É um processo vigilante e problematizador que não se fecha com a institucionalização de lutas emancipadoras.

À visualização da problemática, chega-se como resultado de uma análise “legal e institucional”. São as disfunções que surgem no cumprimento destas que derrubam as suspeitas de que não realizam automaticamente aquilo que prometem. Sur-

ge de uma perspectiva antropocêntrica e secularizadora: centrada nos seres humanos e centrada no mundo dos seres humanos.

Portanto, a partir da vida dos seres humanos, valora-se, critica-se e denuncia-se, neste caso o caráter superior, hipostasiado das que são vistas como *mediações*, que não podem ser tomadas como fins em si próprias. Por isso, desde a secularização crítica, a lei, o Estado ou a economia não são considerados como a manifestação da suprema bondade, perfeição, conhecimento, nem como supremo fundamento da vida humana que unicamente operam a saúde humana. Mas a secularização crítica não é a demonização das instituições. Nem as vê como simples expressões superiores ou divinas nem como simples mecanismos infernais. Reconhece a necessidade de instituições legais, políticas ou econômicas, mas sempre subordinadas a um horizonte humano, com um caráter instrumental.

A denúncia surge, neste contexto, com o funcionamento automático das instituições. Ainda quando há instituições pretensamente “boas”; como desde a modernidade hegemônica se tentou construir um sistema legal que, em seu conjunto, possa ser considerado racional, ou um sistema político legítimo, ou um sistema econômico eficiente; sua aplicação não deve ser mecânica ou automática. A pretensa racionalidade, legitimidade ou eficiência por si mesmas, não garantem em seu desenvolvimento aquilo que prometem. Não é somente questão de desvio dos tipos ideais, mas da confiança na qual,

a partir da sua orientação, só operam resultados “ideais”. A partir desta confiança, surge o afã de justificação subjetiva daqueles que se crêem justificados pela justificação objetiva da instituição. Os administradores das instituições, cumprindo com suas exigências internas, consideram-se justificados para mais além dos resultados. Se há resultados adversos (para os seres humanos), há que assumi-los sem que isso mude a pretensão de justificação da instituição ou a justificação objetiva.

Neste contexto, a “perspectiva do sujeito” e sua crítica às instituições e da institucionalidade se vê potencializada por uma tradição que lhe provê ferramentas. Trata-se de nova proposição da teologia cristã da lei e sua crítica anti-idolátrica, que parte da perspectiva de Jesus como sujeito, seguindo aqui a análise de Franz Hinkelammert em sua obra “El grito del sujeto”. O “discernimento da lei” implica em uma *disposição* e uma *posição* do “sujeito rebelde” peculiar diante da lei. É o que consideraremos, a seguir, para avançar na questão.

## 2 JESUS COMO SUJEITO

### 2.1 Disposições e atitudes do sujeito diante da lei a partir da perspectiva de Jesus

Apresentaremos, aqui, de forma sumária, algumas características que expressam as disposições e atitudes de Jesus diante da lei. Isso permitirá avançar para uma maior inteligibilidade da posição de Jesus diante das instituições:

#### 1. A rebeldia:

A partir de onde se expressa o sujeito? O sujeito expressa-se como “rebelião”. É a emergência da vida submersa pelo peso da lei. Jesus assume a perspectiva do sujeito diante da lei como resposta à vida do povo afogado pela lei. Rebelar-se contra a prática da lei que seguem seus administradores em seu contexto, os “doutores da lei”. “Ai de vós, os juristas, que impondes aos homens cargas intoleráveis!” (Lc 11, 46ª; Mt 23, 4ª). O poder é também ocasião de domínio tirânico, mas resiste a se conformar com esta lógica e trata de introduzir outra orientação nas relações sociais (Mc 10, 42-45). É a ruptura da cumplicidade e conivência com a dominação em nome das instituições para abrir outras possibilidades de funcionamento institucional, não para anulação.

#### 2. Rebeldia e liberdade:

Para se fazer livre diante dos poderes sociais, há que se rebelar, mas para se rebelar há que ser de algum modo livre previamente. Entretanto, não tem porque se considerar como uma disposição fundada numa condição ontológica estática, mas por outro lado, consiste na disposição a se fazer livre no processo da vida. A disposição do “sujeito rebelde”, onde a liberdade é anterior, estruturalmente, à lei, não é atitude circunstancial (pode se dar ou não como oposição), mas uma disposição radical que permite dessacralizar e se relacionar com a lei de um modo reflexivo. Por isso, o sujeito considera as normas e qualquer instituição em função da vida dos sujeitos afetados, tomando-as

“como instrumentos”, não como “fins em si mesmos”.

### 3. Reflexividade e liberdade:

*reação diante da vida impossibilitada:*

Por isso, nos casos em que a vida concreta, por ação ou omissão conforme a lei, faz-se praticamente inviável, ou seja, quando ela interfere impossibilitando a vida dos sujeitos, ela deve ser suspensa. Por isso, o excepcionamento da lei não é banal, nem para situações irrelevantes. Não se propõe que seja ele a atender às exigências legais, mas que para cumprir o que imputa como suprema exigência legal, que é o serviço à vida, há que se reorientar a interpretação da lei (“não vim para abolir”, Mt 5, 17). Quando a vida humana está comprometida por consequência de certos atos que permitem ou impedem a lei, esta deve ser anteposta.

“Quando a vida humana está comprometida por consequência de certos atos que permitem ou impedem a lei, esta deve ser anteposta.”

### 4. Reconhecimento relativo:

A lei pode ser boa e necessária e, no entanto, não há porque de seu cumprimento universal seguir, em todas as situações, um bem para os sujeitos. Portanto, sua “bondade” é questionada. A “bondade ou maldade” das leis está em relação, em respectividade, com seus efeitos sociais e pessoais. O pagamento das dívidas pode ser obrigação legal e, ademais, há boas razões para pagá-las. Neste sentido, poder-se-ia falar de uma lei “boa”. Entretanto, nem a lei com maior legitimidade que se pretenda pode

ser considerada incondicionalmente boa, nem mesmo que sua origem a dote de uma virtude incontestável, como então se atribuía às leis de origem divina e que, hoje, poderíamos falar de leis surgidas por meio de procedimentos democráticos. Se a legalidade é considerada de forma absoluta e, portanto, “solta” ou separada do contexto social em que se insere, então nos encontramos diante de algo que escapa ao horizonte do humano.

### 5. Razoabilidade dialógica:

No tratamento da lei, se exige “levá-la a sério”. Só a partir desta atitude se pode emitir um juízo crítico responsável que não é um capricho fruto de uma vontade indolente nem despótica (não vim para derrogar nem uma vírgula, mas para dar cumprimento). Por isso, o sujeito pode dar razão a seu comportamento (no caso de Jesus, tem razões para dar e o faz para explicar sua posição diante da lei, no entanto, nem sempre pode comunicá-las, como no caso do Juízo, quando permanece em silêncio, dada a impossibilidade de entabular um diálogo real).

### 6. Descentralização e universalidade:

Trata-se, portanto, de uma consideração instrumental, “a serviço das” pessoas. Mas esta função de serviço deve ser “universal”. A partir de outras disposições, a lei pode estar a serviço de alguém; a serviço

do poder econômico, político ou religioso; da sociedade em geral, mas de cada pessoa em particular (“convém que um morra para que o povo viva”- Caifás -). A experiência histórica da humanidade esteve marcada pela consciência de que a lei costuma estar a serviço dos que detêm o poder, a cujo lado se inclina e serve. O código de Hamurabi já pretendia, desde as alvoradas da memória histórica, subverter o signo usual da função da lei para evitar que o poderoso oprimia ao débil.<sup>18</sup> A lei não apenas deve amparar as situações dos que estão por cima, como também deve proteger e servir aos que estão abaixo. Somente assim sua função instrumental pode pretender universalidade. Se a lei, “dada para a vida”, produz ou induz à morte de alguém, é a derrota de uma vida, mas também o “fracasso da lei”. O sujeito livre denuncia o cumprimento torpe da lei, mas não somente no que diz respeito à sua pessoa, mas também diante dos outros. Não defende somente “sua vida”, mas também a vida dos outros. Acaso poderá seguir vivendo depois do fracasso dos outros?

#### 7. *Conhecimento da lei:*

Reclama-se a chave da ciência, que foi arrebatado aos oprimi-

dos (Lc 11, 52). O conhecimento não é competência técnico jurídica: ele pode existir ou não.

No caso de Jesus, ele discute com autoridade as entrelinhas da lei, no entanto, a denúncia de Jesus orienta-se para outro problema: usurpou-se a possibilidade de julgar a interpretação da lei por parte de seus administradores, sobre seu sentido e sobre a obediência/excepcionamento em caso de conflito com a vida. (Davi comeu dos bens consagrados no templo porque teve fome).

Conhecimento num sentido fundamental é a experiência de estar sob o jugo da lei<sup>19</sup>, a qual é universal e não separa os “doutores da lei”<sup>20</sup> dos não doutores. A partir desta experiência, qualquer um pode emitir um juízo sobre a lei ou ser simples peça de sua execução.

#### 8. *Oposição aos idólatras/idolatrias/sacralizações das instituições:*

Os “idólatras” são os que assumem uma posição de descarga da responsabilidade nas instituições e mandatos de poder. Fazem-se seus servos e funcionários. Pretendem que não lhes caiba nenhuma responsabilidade porque a deslocaram toda para cima. Cumprem com seu dever desde a lógica da formalidade do

<sup>18</sup> “[...] então Anum e Enlil designaram a mim, Hamurabi, príncipe piedoso, temeroso de meu deus, para que proclamasse no País a ordem justa, para destruir ao malvado e ao perverso, para evitar que o forte oprimia ao fraco, para que, como faz Shamash, Senhor do Sol, me alce sobre os homens, ilumine o País e assegure o bem-estar das pessoas.” (Fragmento inicial do Código).

<sup>19</sup> O corpo é, assim, última instância do conhecimento da lei. É algo que retoma, genialmente, Kafka em sua obra *Na colônia penal*, quando ao condenado nem sequer se comunica a sentença, embora, o condenado, mesmo desconhecendo o idioma da decisão, chega a conhecê-la em seu corpo. Em outro contexto, também pode ser visto no Salmo 82.

<sup>20</sup> Ainda quando os “doutores” sejam quem impõe o jugo ao povo, eles situam-se formalmente como escravos da lei, que igualmente têm de fazer escravos ao restante. Ainda que tratem de buscar subterfúgios para escapar fraudulentamente (julgamento de Jesus, p. e., Mt, 1-14) ao cumprimento rigoroso da lei aparentam não poder fazer outra coisa senão servir à lei/instituição por sobre qualquer outra causa.

mandato dado o teor literal da lei. Podem ser rigorosos, até chegar ao rigor da morte. A lei/instituições e seus idólatras têm poderosas razões para senhorear sobre a vida e a morte dos submetidos, sem que nem a vida ou a morte sejam significativos como limites insuperáveis porque, em última instância, lhes parecem circunstâncias banais em comparação com a superioridade do poder/dever a que estão sujeitos.

#### 9. Crítica reveladora:

Na crítica da lei, Jesus assume a posição do “mago sem magia”.<sup>21</sup> Num primeiro sentido de “mago” como alguém que se situa na mesma altura dos administradores para conhecer e relevar as armadilhas com que operam para fazer passar como magia a relação com a lei, em seus sentidos de produção de algo intocável, que gera uma relação de “encantamento” por sua condição de maravilhoso/não natural-ordinário. Neste sentido, é um mago ao contrário. Mas, também por isso, em um segundo termo, “sem magia”, a desconstrução dos mitos da lei e do poder, situando-os em um horizonte de finitude devido à “infinitude” dos seres humanos (“sois deuses”, Jn 10, 34? Sal 82, 6), realiza-se “sem magia”. A relação com a lei e com o poder não é sempre vitoriosa, não há uma onipotência do sujeito que se livra dos processos de mau fim. Procura-se reorientar para outros dinamismos funcionais a vida dos sujeitos, mas nem sempre é possível porque nem

em todos os casos é tolerado ou se consegue (Jn, 8, 1-12).

#### 2.2 Posição de Jesus diante da lei: o sujeito como senhor da lei

Começemos pela conhecida afirmação de Jesus: “O Sábado é para o homem e não o homem para o Sábado”, que pode ser tomada como ponto de partida para mostrar uma posição diante de qualquer lei ou instituição humana.

A partir desta posição, a liberdade do sujeito diante da lei é *anterior* à lei. Não pode se fundar nela, ainda que possa fazer valer também a liberdade a partir da lei. A lei não lhe constitui como sujeito livre, mas somente pode reconhecer quem é capaz de liberdade. Porque não é uma criatura *da* lei, pode transcender o ponto de vista interno, ainda que ela não lhe permita expressamente. A posição de Jesus não pode ser entendida de plano como a afirmação de uns direitos anteriores ao direito das sociedades (reconduzível ao debate clássico jusnaturalismo/positivismo). Trata-se de algo mais modesto, mas também mais radical. A pessoa tem liberdade e responsabilidade diante da lei e de seu cumprimento. Porque tem estas faculdades, poderá, *neste caso*, como fazem algumas tradições de pensamento, reivindicar o respeito a direitos determinados que podem ser desconhecidos pelo poder. Mas isto não é o primordial, nem tem que se dar nestes termos. Para reivindicar “direitos, tem que ser sujeito. Pode se relacionar com

<sup>21</sup> Tomo a expressão do livro de Mara Selvini Palazoli *El mago sin magia. Cómo cambiar la situación paradójica del psicólogo en la escuela*, Barcelona, 1996, embora dando-lhe outros sentidos.

distância crítica dos sistemas vigentes e questioná-los ou denunciar disfunções para as pessoas afetadas por esses sistemas. Pode, inclusive, distanciar-se criticamente de presumidos “direitos naturais anteriores às leis”, quando lhe obrigam a exercer a violência protetora destes frente às ameaças sociais e políticas.

Busca afirmar sua vida e a de todos. Sua responsabilidade não é somente diante do funcionamento da lei (sistemas normativos), mas também diante de seus próprios direitos (sejam legais, morais, naturais...). Dispor de um *status*, ou de boas razões para atuar não lhe justifica, em última instância diante de tudo, ou seja, não lhe constitui como irresponsável uma vez que disponha de algum modo de justificação jurídica ou moral. Dito em linguagem do Velho Testamento, porque é responsável, sempre lhe assaltaria uma pergunta desestabilizadora: “onde está teu irmão?”, ao que não pode simplesmente responder “sou eu acaso o guardião de meu irmão?”. Um sistema (social, pessoal...) que funciona com vítimas está sempre posto em questão e sua justificação tem os pés de lodo. Dado um sistema normativo, a justificação pode se pretender em função dele mesmo. Então, os executores da lei, declaram-se inocentes: “Eu somente cumpria a lei”.

Ainda que a questão da subjetividade constituída pela atribuição

e reconhecimento da lei seja um assunto tipicamente tematizado na teoria jurídica moderna, contrapõe-se também a perspectiva de Jesus. Quando no pórtico de Salomão, acode ao Salmo 82 (“sois deuses”, e não deveis ser violentados pela prática da lei e do poder<sup>22</sup>), de algum modo está presente a questão, para romper o poder de atribuição/não atribuição de subjetividade jurídica<sup>23</sup> no reconhecimento das necessidades. A discussão do pórtico tem como pano de fundo a questão da blasfêmia contra Deus que os fariseus imputam a Jesus. Mas a blasfêmia há de ser entendida no contexto da discussão sobre a lei. Jesus se reclama a filiação divina, mas com isso não reclama senão o que é condição de todos (“Não está escrito em nossa Lei: *Eu disse: deuses sois?*”, Jn 8, 34b). Na pretensão de Jesus, “um de tantos”, era de filiação divina. Diante disso, para os fariseus o Deus do céu não se podia fazer terreno. O inassumível para os administradores da lei era que Deus deixara seu trono (celestial), projetando-se em cada um dos seres humanos; com isso, não se podia seguir sustentando o jugo da lei. Parecia que se Deus se fazia como um qualquer, a autoridade dos administradores da lei deixava de estar “por cima”, pois o Deus que se abaixou desmontou sua aparência de superioridade, fazendo-lhes também “um de tantos”. A divinização dos seres humanos apa-

<sup>22</sup> “Deus se levanta na assembléia divina,/ em meio aos deuses julga:/ Até quando julgareis iniquamente,/ e fareis acepção dos ímpios?/ Julgai a favor do fraco e do órfão,/ ao humilde, ao indigente fazei justiça;/ ao pobre liberai,/ da mão dos ímpios arrancai-lhes!/ Não sabem nem compreendem, caminham em trevas,/ todos os alicerces da terra oscilam./ Eu havia dito: “Vós, deuses sois, / todos vós filhos do Altíssimo?”

<sup>23</sup> Nesta linha, o Salmo 112, nos diz: “Ele levanta do pó o desvalido,/ do esterco faz subir o pobre/ para sentar-lhe com os príncipes/ com os príncipes de seu povo”.

ga a supremacia das hierarquias mundanas e põe em pé de igualdade aos seres humanos com os príncipes, os juízes e as leis, que tratam de alçar-se sobre o restante e ocupar a posição do Altíssimo para submetê-los graças a seu endeusamento.

Sintetizando a posição de Jesus diante da lei, diríamos que se trata da afirmação do sujeito como senhor da lei e da instituição. Em termos joânicos, poderíamos dizer que está na lei sem ser da lei: trata-se de um senhorio não despótico sobre a lei que busca enfrentar aos dinamismos “mundanos”, ou seja, destrutivos da vida dos seres humanos.

### 2.3 Sujeito e teoria jurídica: a questão do Sábado e a superação do universo da lei

Na teoria jurídica contemporânea, as discussões sobre a lei giram, sobretudo, a partir das possíveis relações, conflitos, ou no caso da possível identidade, entre duas dimensões fundamentais: de um lado, a *validade*, da lei; e, do outro, a *legitimidade* ou justiça da lei. As discussões entre as diversas posições do positivismo jurídico e as diversas posições jusnaturalistas recaem fundamentalmente em torno do par validade/legitimidade da lei. As dimensões fundamentais da lei são essas<sup>24</sup>, e sobre elas deve girar o universo da lei. Este universo auto-centrado na modernidade, em última instância pretende repousar em si

mesmo. Os seres humanos e as sociedades são vistos como peças desse mundo que os totaliza, assim como a natureza externa.

Entretanto, há outras discussões sobre as dimensões da lei que podem ter sua projeção na teoria jurídica, por parte de alguns tutores que tratam de pensar criticamente os fenômenos jurídicos a partir do contexto latino-americano nas últimas décadas, e que introduzem novos elementos analíticos e conceituais que permitem, a meu juízo, ampliar a discussão sobre as dimensões da lei, e com isso, dar passo a uma reconceitualização crítica e política da lei. É o caso, por exemplo, de Franz Hinkelammert, Enrique Dussel ou Ignacio Ellacuría. Neste momento, simplesmente trataremos de apresentar, a partir do primeiro destes autores, um problema esboçado em seu livro *El grito del sujeto*.

Se levarmos a sério a afirmação de Jesus diante dos fariseus no contexto de sua crítica à lei, haveria que se reformular a teoria jurídica comum, porque a partir dela não pode ser inteligível: “Não é Moisés quem lhes deu a Lei? E nenhum de vós cumpre a Lei” (Jn, 7, 19).

Os fariseus diziam-se fiéis servidores da lei, portanto reconheciam sua “validade” e a acatavam e cumpriam. Também defendiam a santidade e a justiça da Lei de Moisés. Hoje, diríamos que para eles era uma lei absolutamente “legítima”.

<sup>24</sup> Outros aspectos materiais dessas duas dimensões podem ser considerados como manifestações empíricas destas, e neste sentido como algo derivado delas, ainda que não em um sentido causal, mas como suas *hipóteses*. Junto da legitimidade, estariam os processos de legitimação do direito, e junto da validade, estão os processos de eficácia material das normas, o que, em última instância, dotaria de existência as normas (ainda que essa existência tivesse sua primeira instância em outro “lugar”).



Eles imputavam a Jesus sua violação, por haver rompido a validade da lei do Sábado, por haver curado um homem num Sábado. Também por haver tratado de deslegitimá-la.

No entanto, Jesus pretende, por sua vez, ser autêntico cumpridor da lei de Moisés, a qual consideraria, para dizer em nossos termos, “válida” e “legítima”. E mais, ele se apresenta não como quem pretende abolir a lei, mas como seu cumpridor e “aperfeiçoador”. Aqui não há, em primeiro plano, um problema de reforma do Direito, ou seja, da diacronia da lei, de uma lei melhor que substituta a prévia com conteúdos mais emancipadores, mas de *sincronia* da lei, não de mudança de leis, mas de tê-los com as leis neste momento existentes e já em operação e submetendo o mundo das interações humanas. Isso implica que haja um conflito de fundo entre duas visões do Direito, entre duas “teorias”, não elaboradas, mas sim presentes de alguma maneira em seus juízos.

Jesus transgredir a lei de Sábado e violar seu teor literal e a interpretação que dela fazem seus administradores. No entanto, violando esta lei, Jesus não se reputa nem como delinqüente nem como hoje poderíamos pensar “desobediente civil” (quem viola uma lei injusta deliberadamente e publicamente para que *no futuro* essa lei seja derogada e alterada por outra que incorpore os aspectos reivindicados). Entretanto, os que guardam sua validade e legitimidade são seus descumpridores. Ele se entende a si próprio como

seu aperfeiçoador. Mas, para isso, estabelece o juízo de reflexividade sobre a lei, que supõe um discernimento para outro tipo de cumprimento. Para isso, rompe o universo autopoietico da lei, descentralizando-o em favor do universo dos seres humanos concretos e do povo. Para poder “cumprir” em um novo sentido, não no cumprimento literal, ritual e mortal da lei, é necessária *outra relação com a lei*, onde ela não seja um ídolo violento, mas um instrumento a serviço dos seres humanos e do povo.

Como assinala Hinkelammert, neste contexto, “a lei não é para a vida, por consequência, há de ser suspensa para que sirva a vida”.<sup>25</sup> Dito isto, insistimos que esta suspensão não supõe, para Jesus, uma pretensão de anulação ou de derrogação formal, em resumo de questionamento de sua validade, nem tampouco de sua legitimidade. Isso implica, para não ser autocontraditório em sua posição, outra idéia de validade, e outra idéia de legitimidade.

Se teorizamos esta perspectiva, diríamos que há duas dimensões da lei não presentes na teoria hegemônica, que poderíamos denominar uma primeira de “factibilidade social” e, uma segunda, de “factibilidade pessoal”.

Jesus interpela a aplicação da lei que supõe um jugo insuportável para o povo. Para Jesus, não pode haver um cumprimento da lei pelos seres humanos, se acontece às custas do mal-estar e da vida do povo

<sup>25</sup> *Ib.*, p. 36.

no qual ela opera. Hoje, poderíamos ver esse juízo de factibilidade social<sup>26</sup>, por exemplo, em relação ao cumprimento das leis que obrigam ao pagamento das dívidas externas.

Mas também assume o ponto de vista da “factibilidade pessoal”. Ainda que somente seja um ser humano particular o submetido, e portanto sua vida seja impedida por ocasião da lei, esta deve ser suspensa. Jesus cura um enfermo no Sábado, transgredindo esta lei, mas pretendendo que com isso se faça o seu autêntico reconhecimento (da lei) como possível instrumento de humanização.

Dito isso, para que a visão de Jesus seja consistente, estes outros momentos ou dimensões da lei que surgem a partir do discernimento e, portanto, da relação livre diante da lei e partindo de seu próprio juízo (e continuando essa lógica implícita na situação prática descrita), têm que estar integrados sistematicamente uns com os outros. Poderíamos considerar desde esta perspectiva:

1. Validade
2. Legitimidade
3. Factibilidade social
4. Factibilidade pessoal<sup>27</sup>

Nesse contexto, desde o juízo de reflexividade uns níveis aperfeiçoaram aos anteriores, sem derogá-los, mas integrando-os numa unidade mais complexa, em um universo plural ancorado num horizonte a serviço dos seres humanos.

Não se trata por isso meramente de uma apelação ao sentido da lei, ainda que a inclua (que poderia ser entendida como uma interpretação teleológica), ou do reconhecimento de um princípio jurídico que altere o sentido da aplicação de uma norma (princípios jurídicos vs. normas), nem de um juízo moral externo ao direito que o desacredita e propugna por sua substituição mas, em última instância, de tomar as leis como sujeitas ao processo de reprodução da sociedade e de seus integrantes, e por isso que o juízo de validade e de legitimidade, integre os outros momentos de factibilidade social e pessoal.

Se forem tomados como níveis integráveis, então surge outra idéia de validade onde esta se “aperfeiçoa” a partir do nível 2, 3 e 4<sup>28</sup>. Se a lei se aplica somente a partir dos níveis 1 e 2, podem ocasionar o fracasso da vida coletiva e pessoal. Dada uma lei vigente e legítima, como as que obrigam ao pagamen-

<sup>26</sup> A estabilidade e subsistência, ou seja, a factibilidade de m sistema político está também tensionada, condicionada e possibilitada pela própria factibilidade do conjunto social. A factibilidade social não se apresenta com isso como apolítica. Mas seja dito de passagem, tampouco a factibilidade pessoal está alheia ao campo da factibilidade política, podendo, em algumas ocasiões, propor um sacrifício pessoal a aceitação de uma instância política.

<sup>27</sup> Poderíamos falar, neste contexto, de uma quinta dimensão de “factibilidade ecológica” resultante de um sistema jurídico e social, mas deixamos isto de lado, por ora, em prol da brevidade.

<sup>28</sup> Desde a perspectiva contrária, podem se dar por sua vez esquemas da legalidade que prescindam de uma ou várias dimensões. Por exemplo, desde o esquema de legalidade que postula o realismo político (por exemplo, em Caifás), prescinde-se do nível de factibilidade pessoal para pretender assegurar a factibilidade social e a continuidade da lei e da instituição (“Convém que um homem morra para que o povo viva”). Um sistema de legalidade como o nazista desentende-se da factibilidade pessoal, social e da legitimidade (ou a subsume na validade).

to das dívidas, se não se tomam em consideração os níveis 3 e 4, esta deixa de “servir”. O grau de bem comum haveria de ser considerado em relação à integração dos níveis 3 e 4 no universo legal-institucional que pretende girar exclusivamente ao redor dos níveis 1 e 2. Ou, dito de outra maneira, o centro de gravidade de uma sociedade onde reinasse o bem comum, como bem de todos e do todo, assenta-se sobre a potenciação da factibilidade social e pessoal que aspira à utopia de uma sociedade na qual caibam todos, e tenham vida em abundância.

Se os níveis estão desintegrados, se dá lugar a diversas formas de despotismos e de totalitarismos.

O desenvolvimento de tudo isso iria longe, pois são muitas as colocações habituais que se problematizam. O caminho não se fez sem começar. Por outra parte, é necessária a delimitação do discernimento da lei que leva a postular outras dimensões necessárias dos sistemas normativos vigentes, a respeito de categorias e questões afins e interconectadas, ainda que não reconduzíveis a meu juízo a eles, como são a objeção de consciência, a desobediência civil/insubmissão, a interpretação teleológica, a moralização do direito, o estado de necessidade, dentre outras.

A seguir, propõem-se duas figuras. A primeira (figura 1) no que seria o modelo a partir da perspectiva proposta. A segunda (figura 2) trata de expressá-la graficamente.

Como metáforas visuais, não podem ser senão instrumentos aproximativos e não representações acabadas.

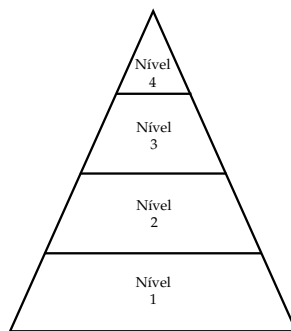


Figura 1<sup>29</sup>: Representação do que não seria uma concepção complexa e integrada, mas como níveis sobrepostos.

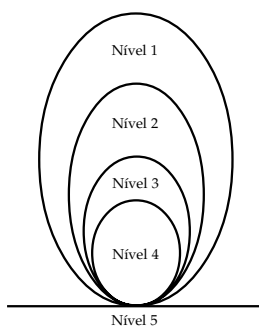


Figura 2. Nível 1: Validade-existência; Nível 2: Legitimidade-legitimação; nível 3: Factibilidade social; nível 4: Factibilidade pessoal; nível 5: Factibilidade ecológica.

Os níveis 4 e 3 (e 2) participam todos do nível 1, mas este nível da validade, em parte pode excluir os outros níveis. Quanto maior é a ex-

<sup>29</sup> Os diversos tipos de desintegração poderiam ser representados isolados. A figura 1, p. ex. valeria para expressar não somente a desintegração entre níveis como, por exemplo, o despotismo individual que não busca um lugar para todos senão à custa de todos.

clusão, maiores seriam as dificuldades para sua subsistência. O universo hegemônico da lei é descentralizado em favor dos sujeitos que se erigem no centro<sup>30</sup> da estabilidade do sistema legal. Um sistema legal pode funcionar produzindo *casualties* pessoais (n.4), subsistindo o sistema social onde se desenvolve o sistema legal. Nesta hipótese, o sistema legal tem elementos de irracionalidade (sem sentido) e de não factibilidade para as suas vítimas e para aqueles que são capazes de vê-las. Se o desenvolvimento e cumprimento de um sistema legal colo-

ca em crise as estruturas de manutenção e reprodução do conjunto social, podemos dizer que se trata de uma ordem não estável destinada a seu próprio fracasso (por exemplo, o sistema nazista), incluindo o próprio sistema político. Se um sistema legal não tem em conta de modo suficiente a necessidade de legitimação e da legitimidade de um sistema legal, pode ter problemas de eficácia.

### 3 SUJEITO E MODERNIDADE

A seguir, quero apresentar algumas discussões em relação à posição dos sujeitos diante da lei, partindo da diversa posição diante da lei em Jesus e em Sócrates, mas incidindo em algumas correntes da moder-

nidade e as tensões que o processo de institucionalização jurídica e política representa para os sujeitos.

#### 3.1 Sócrates e a lei: a impugnação do discernimento diante da lei

Voltemos, um momento, a Sócrates. Desde Sócrates, pesa uma maldição sobre quem quer julgar a lei porque está além dela. No diálogo de Platão, *Crítón*, impugna a posição daquele que pretende se situar num horizonte maior que o da lei: “pensas ter direitos iguais à própria

“...o sistema legal tem elementos de irracionalidade e de não factibilidade para as suas vítimas e para aqueles que são capazes de vê-las. Se o desenvolvimento e cumprimento de um sistema legal coloca em crise as estruturas de manutenção e reprodução do conjunto social, podemos dizer que se trata de uma ordem não estável destinada a seu próprio fracasso, incluindo o próprio sistema político. Se um sistema legal não tem em conta de modo suficiente a necessidade de legitimação e da legitimidade de um sistema legal, pode ter problemas de eficácia.”

lei e que te seja permitido devolver sofrimentos por sofrimentos, pelos que eu pudera ter te fazer passar?”.<sup>31</sup> Não é questão de conflito entre lei civil/lei natural. Para Sócrates, a sujeição absoluta à lei está assegurada tanto civilmente como pelas leis dos deuses e

pelas exigências da razão. Todas as leis abocam o mesmo, a própria razão que discerne o justo do injusto confirma o veredicto. Sócrates não encontra saída, pois todos os caminhos lhe conduzem a sua perdição, que ele toma como vitória. A entrega à morte injusta está, para ele, hiper legitimada. Não deixa de encontrar em seu diálogo com Crítón mais que poderosas razões para isso.

Sócrates é moderno? Benjamin Constant falava da liberdade dos

<sup>30</sup> Integrados em um circuito natural e, portanto, dependentes por sua vez da factibilidade ecológica do conjunto do sistema de ações e orientações normativas da sociedade.

<sup>31</sup> Platão, *Crítón o del deber. Diálogos*, Madrid, 1980, p. 34.

antigos e da liberdade dos modernos. O moderno, por exemplo, na versão jusnaturalista liberal, como depois veremos, pretende ter direitos anteriores e superiores ao Estado, de maneira diferente dos antigos que somente podiam concebê-los e realizá-los no seio da polis. No entanto, creio que a modernidade de Sócrates reside em sua capacidade de renúncia e de sacrifício em prol de uma ordem legal instituída e é indiferente para estes fins que tenha uma origem convencional/civil, natural ou divina, ou fossem exigências absolutas da razão. Dado um dever, e os direitos naturais podem ser igualmente uma fonte de dever diante de si mesmo, dos demais ou do poder que os garante, somente resta como boa solução, sua aceitação incondicional, ainda que pagando com a própria vida. A saúde do corpo não é nem sequer causa de objeção. A “moral do povo” tem um ponto de vista terreno e Sócrates, um ponto de vista celestial. Mas, em seu céu, somente há ídolos paternos<sup>32</sup> (“patriarcais”, diríamos hoje desde a crítica feminista) que permitem/exigem o sacrifício. Em seu céu estão as leis da república, os mandatos desta, as leis dos deuses, as boas razões que afirmam uma virtude desconectada das necessidades das pessoas.

O que escapa/rompe a submissão, inclusive para ser devorado pelas leis e pela república, é tido

como violência que ameaça desintegrar a continuidade da ordem social. Poderá dizer-se que os modernos, alguns, tinham uma espécie de reserva escatológica nos direitos naturais com os quais enfrentar as ameaças sociais, legais ou políticas. No entanto, o indivíduo na concepção moderna é igualmente preso num esquema legal ou racional que o obriga à mesma violência.

Entretanto, não se trata de alguém fazer-se lei, com seu caráter sacrificial, mas de ser capaz de olhar a lei de frente, como sua “igual”, mas não como “o mesmo”, nisso consiste a verdadeira rebelião. Quem se faz lei não se rebela, continua na mesmidade da lei, pois não produz nada novo e, portanto, é escravo da lei. O sujeito como senhor da lei não busca repetir sua violência, mas trata de superá-la.

Nesta linha, na lógica de Sócrates, o pecado de Jesus seria o da *hybris*.<sup>33</sup> Jesus interpela de muitas maneiras. Por exemplo, se pergunta: pode-se fazer o bem no Sábado? A interpelação desborda o funcionamento institucional e o situa como mediação que não pode ser absolutizada, senão revisada e criticada como impedimento. Fazer o bem (devolver a saúde a um sujeito) é o que, neste contexto, o leva a interpelar a lei. Pelo contrário, os guardiões da absolutização da ins-

<sup>32</sup> “É preciso respeitar a pátria em sua cólera, ter com ela a submissão e atenção que se tem com um pai, atraí-la pela persuasão ou obedecer a suas ordens, sofrer sem murmurar tudo o que quer que se sofra, ainda quando se veja açoitado ou carregado de correntes, e que se nos enviam para a guerra para ser ali feridos ou mortos, é preciso marchar para lá, porque ali está nosso dever (...) o mesmo nos campos de batalha que perante os tribunais” (ib.).

<sup>33</sup> “Hybris”: orgulho, altivez, insolência; ultraje, insulto, violência; dano.

“híbrido”: ser soberbo, insolente, descarado; maltratar, injuriar, escarnecer; comportar-se de maneira injusta ou ofensiva. (Diccionario Griego-Español, J. M. Pabón, 17 ed., 1983).

tuição lhe imputam injúria, ultraje, em última instância, dano, porque coloca em perigo a instituição e, com isso, a segurança do povo.

A hybris é o que condena a Jesus, não seu pecado. No entanto, quem enfrenta a hybris do poder e dos administradores da legalidade é acusado exatamente daquilo que denuncia. Nem o poder nem os legalistas aceitam facilmente a reorientação das instituições em função das necessidades dos esmagados por seus mecanismos. Antes, os que se alçam contra seus despotismos são acusados de periculosidade social. Colocam-se em questão o funcionamento das instituições e estas se defendem acusando-os de perigosos não só para elas, mas sobretudo *para* a comunidade.

### **3.2 Fora ou dentro da lei: submissão e liberdade**

A questão da submissão absoluta ou da liberdade está vinculada à capacidade para ver, e isso implica “ir para fora”, ou dito de outra maneira, há que se “tomar distância”. Esta distância, em seus justos limites, implica situar a lei no horizonte global da vida humana em comunidade. Esse horizonte global é a condição de possibilidade para vislumbrar a função e os limites desse funcionamento. O sujeito livre, dito em termos negativos, é aquele que não está “cego diante da lei”. Esta cegueira é a incapacidade para assumir reflexivamente as limitações próprias do funcionamento da lei e a função de “serviço universal”. Ao contrário, este cego é também um “obediente

total”. Como “cego”, não pode se orientar, está perdido e quanto guia os outros, os perde também. Perde porque seu único critério de orientação é o “cumprimento legalista da lei”. Não pode interpretar, relativizar nem julgar a lei, que, “só vê por seus olhos”. Mas os “olhos da lei” são como os dos baales: têm olhos, mas não vêem, ouvidos, mas não ouvem, coração, mas não sentem. Repete e aplica mecanicamente as palavras da lei, o que considera que é o “ponto de vista da lei”. Ainda que dito com propriedade, não admite que haja pontos de vista, mas uma só visão: a da lei, a cujo serviço está. O “horizonte global da vida humana em comunidade”, onde a lei é uma mediação a mais, não se pode perceber, porque está “dentro da lei”.

Na modernidade, Montesquieu declarou com a expressão que fez história: “os juízes são a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor delas”. Não creio que Montesquieu fosse nenhum ingênuo. A partir daí, se gerou um grande debate sobre a função judicial. Entretanto, o que aí se postula em primeiro momento não é presumidamente uma descrição realista e ingênua do que fazem os juízes, que haveria que superar com melhores explicações do comportamento real dos juízes. É um mandato do comportamento a seguir. Os juízes hão de estar sujeitos ao horizonte da lei enquanto poder. Eles hão de ser os grandes garantidores da manutenção da lei que se antepõe a outros interesses pessoais e sociais. Se a submissão à lei viola ou-

tros bens sociais, não hão de se desviar. O postulado da pureza da lei já está aqui implicado. Dito de outra maneira, toda realidade humana, social ou natural é vista a partir da lei. Se cumprir a lei implica em colocar em perigo ou destruir vidas ou condições sociais de vida, pior para as vidas. Com a metáfora de Montesquieu, o que se afirma é que os juízes são *boca*<sup>34</sup>, parte do corpo da lei. A lei, então, é o espírito do corpo (seres inanimados). Os juízes devem emprestar seus corpos e suas mentes para serem habitados pela lei. Os interesses pessoais, as crenças, as solidariedades para com os outros devem ser deslocados para se converter em executor da instituição legal a cujo serviço está. O juiz pode ser o caso paradigmático dos muitos funcionários da lei<sup>35</sup>, que não *pode/deve* ter um juízo sobre a lei, mas ser seu primeiro servidor/executor.

Coloquemos um caso. O despejo da moradia da idosa de Sevilha.<sup>36</sup> Seguramente, o juiz e os funcionários sentir-se-iam mal pessoalmente por ter, primeiro que ditar sentença dando razão ao proprietário que, por um mínimo não pago a tempo, postula a sua pretensão de despejar a anciã da casa onde viveu toda sua vida. Da mesma forma que

“executou” a lei de propriedade e o contrato que ampara ao dono pela falta de pagamento, tem que ordenar a execução da sentença. Seguramente, pensaria que o dono é uma má pessoa, que se aproveitou do esquecimento da idosa para expulsá-la de sua moradia habitual e desarraigá-la nos últimos anos de sua vida. Ele não tem misericórdia, mas lhe assiste a lei que obriga ao cumprimento dos contratos. Mas o juiz, o secretário e os oficiais de justiça têm que deixar de lado seu juízo moral, seus sentimentos pessoais e sua solidariedade com a mulher para cumprir sua missão: executar a lei. Por alguma razão, “a lei é a lei”. Então, o juiz é a boca. A boca é um órgão “controlado” pelo cérebro. Claro que o juiz poderia haver ditado outra sentença. Poderia haver ponderado outros bens e valores em conflito e haver tomado outra resolução. Mas, então, romperia a interpretação ritual e formal da lei, que se decanta em direção ao lado dos que têm um poder social superior. Os proprietários estão seguros de que farão valer judicialmente com êxito seu direito de propriedade e o contrato nos mesmos termos que foram pactuados, sempre dentro da lógica do mercado.<sup>37</sup> Se há uma de-

<sup>34</sup> *Del Espíritu de las leyes*, XI, 6.

<sup>35</sup> O caso do oficial de justiça: tem que cumprir com o mandado de despejo e torná-lo efetivo. Pode, talvez, atrasá-lo algumas horas ou uns dias, dissimulando e postergando o assunto e executando outros. Mas, finalmente, não poderá demorar mais e terá que cumprir a ordem. Será obrigado pela parte vencedora e não poderia opor nada. Se quiser cumprir com seu dever profissional, terá que fazê-lo como “agente da autoridade judicial”.

<sup>36</sup> Ver anexo I.

<sup>37</sup> Digo isto porque os contratos são interpretados e resolvidos judicialmente segundo a lógica do mercado. No mercado, em termos de racionalidade liberal, uma ação se desenvolve somente se não é “antieconômica”, onde o antieconômico é aquilo cujos custos superam os benefícios para os autores (arranjo da casa). É claro do teor literal da lei de locações que a manutenção estrutural do bem imóvel é uma carga jurídica da propriedade. No entanto, esta “clareza” não é a que se aplica judicialmente ou governativamente. O descumprimento dessa obrigação legal do proprietário usualmente não se faz

mora no pagamento da renda, os proprietários se lançarão processualmente contra a arrendatária, com a certeza jurídica de que colocarão o poder do Estado de direito a seu serviço. Se, em troca, houvesse uma resolução de sinal contrário, violentar-se-ia o que o senso comum do poder atribui à literalidade da lei e que lhe permite se distanciar dela, fazer uma crítica aos preceitos a partir dos fins que pensa que devem satisfazer as leis em sua globalidade, a que situa, então, a interpretação da lei em função das necessidades sociais, ainda que a lei não lhe assista expressamente neste empenho. O automatismo da lei rege, aqui, de acordo com a lógica de mercado.

### 3.3 Questionamento da “supremacia” da lei

Um dos dogmas centrais da teoria jurídica moderna é a supremacia da lei. Esta supremacia pode ser mediata ou “imediate”. Na tradição hobbessiana, o poder supremo/sobrano é o Estado, de quem nasce a lei. A lei é soberana diante dos súditos em virtude da soberania de quem manda. Na tradição do “estado constitucional”, todos estão sob a supremacia formal da lei, o Estado que a garante está, tal como os cidadãos, submetido à lei (desde Locke ao constitucionalismo contemporâneo ocidental). Nes-

ta segunda linha, surge a idéia “Estado de direito”, em cujo centro encontra-se o dogma do “império da lei”.<sup>38</sup> O “imperium” desloca-se, assim, do artífice da lei, o poder político soberano, à própria lei. Mas o esquema segue sustentando o pano de fundo de uma lógica imperial.

Com o modelo de relação implícito na idéia do império da lei ou da submissão à lei, o sujeito se apresenta sob o domínio da lei. A condição de sobrevivência da ordem social é o “império da lei”. Por isso, desde este esquema, a única alternativa possível: o império da lei ou o caos.

Considero que não é casual o manejo de metáforas espaciais para descrever a relação com a lei que hão de ter diversos sujeitos. Na civilização ocidental, no lugar de cima, os céus, encontra-se Deus, os deuses ou a divindade. Enquanto os mortais ocupam o espaço sob o céu: a terra. Desde o céu, governava-se/cuidava-se do destino da terra e seus seres. Quando os mitos religiosos anteriores deixam de ter centralidade política e cultural, nem por isso deixa de funcionar a metáfora espacial para explicar a relação de submissão e subordinação à vontade ou às leis de quem governa. Com o chamado processo de “secularização”, não deixa de estar presente a idéia de uma instância superior, boa em si mesma e que tem o poder de vida

governativamente. O descumprimento dessa obrigação legal do proprietário usualmente não se faz valer sempre e quando isso suponha um custo superior ao da renda obtida mediante a locação em curso por parte do proprietário. A função social dos bens, o valor de uso vinculado com a satisfação de alguns direitos fundamentais como o direito à moradia, deve ceder diante da rentabilidade em curto prazo do bem para seu dono.

<sup>38</sup> Por exemplo, a Constituição espanhola, na linha do constitucionalismo contemporâneo, afirma em seu Preâmbulo: “A Nação espanhola, desejando estabelecer a justiça, a liberdade e a segurança e promover, no exercício de sua soberania, proclama sua vontade de: (...) Consolidar um *Estado de Direito que assegure o império da lei* como expressão da vontade popular” (sub. meu).



e morte sobre suas criaturas; que assume características sagradas, ainda que nem sempre se apresente em seu próprio discurso com tal aparência. Por isso, discrepo da tese generalizada de que a secularização<sup>39</sup> é um processo histórico-cultural onde se expulsa definitivamente a autoridade do sagrado, veiculada antes pelas autoridades das Igrejas cristãs, da centralidade do espaço público, incluída a legalidade e moralidade pública, para encerrá-lo na intimidade das consciências individuais e das comunidades religiosas sem transcendência pública. Em certa medida, isso se dá nestes termos. No entanto, o que geralmente não se costuma propor é que com isso o poder e a lei seguem sendo um plágio do sagrado, adquirindo em boa medida, o papel de ídolo substitutivo.<sup>40</sup> O processo de racionalização da *origem* do poder e da lei, considerada na modernidade fruto livre (imediato e mediato, respectivamente) do consentimento da sociedade leva aparelhado um *funcionamento* da administração do poder e da lei que exige a necessidade *prima facie* de submissão plena ao poder do Estado e cumprimento universal da lei que, em virtude do consentimento da cidadania, estes (e aqueles) estão sob o domínio da lei.

Ainda que a lei seja um produto humano, não divino, este pro-

duto produzido pelo poder com capacidade normativa, ao criá-la, gera algo que não é somente “criatura”, mas que é algo substantivado e tem melhor os atributo do criador: o poder funda-se na legalidade, esta lhe outorga o marco de validade e de legitimidade de seus atos (ainda que seja uma relação circular, na modernidade o marco da legalidade é superior funcionalmente), lhe dota de fins e valores a seguir em sua práxis, de limites que não deve ultrapassar, em função dela se julga e se condena a quem ocupa o poder. A lei é uma mediação institucional para organizar a vida em comunidade; mas na modernidade esta mediação é absolutizada/hipostasiada, ainda desprovida formalmente de origem divina: só pode estar “a serviço de”, se considerada “por cima da” comunidade. Neste sentido, continua-se na relação mítica em que se costumava apresentar a lei na tradição ocidental antiga. As metáforas espaciais seguem nutrindo de conteúdos míticos a relação com a lei. No mundo secularizado da modernidade, a lei segue ocupando o lugar divino e senhoreia sobre a vida e a morte dos submetidos terrenamente ao poder de cima. É quem dá e permite a vida e quem pode ocasionar a morte. Recordemos, mais uma vez, a título de exemplo, toda a justificação de um dos pais do constitucionalismo mo-

<sup>39</sup> Nesta linha, entre outros, Anthony Giddens assinala que “a secularização refere-se à perda de influência da religião”, em *Sociologia*, Madri, 1994. Peter L. Berger, em *Para una teoría sociológica de la religión* (Barcelona, 1971) indica que, com este processo “as legitimações religiosas do Estado ou são totalmente suprimidas, ou subsistem como ornamentações retóricas despojadas de realidade”. Certamente, a legitimação procedente de uma religião institucionalizada poderia deixar de ser central, no entanto, nada se diz com isso da função substitutiva do sagrado que poderia desempenhar o Estado moderno.

<sup>40</sup> Isto é algo que, ao contrário, pode ser visualizado com grande precisão no *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* de Thomas Hobbes (1651), que merece uma consideração particular *in extenso* que agora não podemos fazer.

dermo (J. Locke) da pena de morte, da escravidão, da tortura, da privação de bens para aqueles que são tidos como levantados contra a lei e que são declarados não-humanos, vidas não-humanas.

A “ação mais grandiosa jamais havida”<sup>41</sup>, o assassinato de Deus, como teatralmente descrevia Nietzsche, no entanto, não conduziu à “morte de Deus”, mas à sua suplantação pelas máscaras de deus. Ao assassinar a Deus, representado desde uma lógica imperial, fruto da recepção do cristianismo pelo império romano<sup>42</sup>, usurpa-se seu lugar e seguem ficando os restos funcionais da violência do sagrado.

### 3.4 Subjetividade real do sujeito, liberdade, direitos e lei

A subjetividade e liberdade do sujeito diante da lei não podem descansar nela. O “direito a ter direitos” não pode ser uma concessão do poder político, mas seu fundamento pessoal/social. Mas nem sequer pode ser um “direito”, senão que expressa uma posição que consiste numa origem “retro projetada”: no princípio devem estar os sujeitos orientando os processos de institucionalização da vida social.

Na teoria jurídica moderna hegemônica, a questão aparece transformada. Porque a subjetividade é produto da lei, seja lei civil ou lei natural. Quem a lei converte em *sui iuris*, em sujeito de direito, ou em

sua forma política “cidadão”, é quem pode operar no marco da lei no âmbito que esta lhe conceda. Com o reconhecimento da subjetividade jurídica “plena”, ou seja, ser centro de imputação de direitos, de deveres e responsabilidades, parece que a lei “cria” o sujeito. O sujeito “natural” não é reconhecido pelo direito. Por exemplo, os escravos negros na América do Norte não eram sujeitos ainda que fossem materialmente. A Constituição norte-americana conviveu “pacificamente” com este fato até a abolição da escravidão na segunda metade do século XIX. No entanto, os negros submetidos à escravidão não começaram a serem pessoas quando lhe foi dado o estatuto da cidadania. De fato, a teoria moderna da subjetividade com transcendência jurídica, outorga o primado deste estatuto à própria construção legal e não tanto à capacidade real da pessoa para operar no Direito como tal. Desta forma, a universalidade fática da condição humana é administrada por quem tem o poder de outorgar o reconhecimento, com a conseguinte capacidade de exclusão e inclusão no círculo social dos que têm condição humana reconhecida.

Consideremos, para clarificar esta questão, três posições, representadas por Th. Hobbes (posição positivista radical); outra por J. Locke (posição jusnaturalista liberal) e, uma terceira, representada pelo barão de Montesquieu (constitucionalismo clássico).

<sup>41</sup> NIETZSCHE, F. *La gaya ciencia*, §125.

<sup>42</sup> HINKELAMMERT, Franz. *El grito del sujeto*, p. 191 e ss.

### 1. Th. Hobbes. *Positivismo radical*:

Para Hobbes, quando surge a lei é porque “morre” o poder “natural” do sujeito. O sujeito, para começar a viver com a lei e, portanto, sob um soberano que a sustenta e garante, despede-se de todos seus poderes e capacidade, de seu “onímodo direito a tudo”. Somente lhe é permitido o que a lei lhe atribui e concede. Para isso, tem que “despojar-se de tudo”, um nascer de novo, sendo isto graças ao soberano e para a obediência da lei. Despede-se, também, de seu conhecimento/discernimento da lei. A subjetividade real é anulada e substituída por um súdito definido pela lei. Por isso, também perde a possibilidade de julgar a lei: a lei somente pode ser obedecida e não questionada ou criticada. Se o faz, entra em uma atitude sediciosa; o que seria como se declarasse guerra à lei e ao soberano e a única resposta deste é sua destruição. E mais: a submissão à lei e não lhe opor nada é sua obrigação civil e também religiosa/cristã. A lei, quando enfrenta ao sedicioso, não lhe infere nenhuma injustiça. Porque não há justiça mais além da lei. O que se faz a partir da lei é justo e seus frutos não podem produzir injustiça.

No entanto, desde o autor do Salmo 82, denuncia-se a injustiça que cometem os príncipes e juízes. Somente se há alguém mais além da lei do soberano e da prática dos tribunais é que se pode imputar injustiça. Este “mais além” não é outra ordem normativa superior que concorre com a lei aplicada, avalia-a e lhe descredita por não respeitar seu primado; mas os outros como instância

social que, sendo também “deuses”, julgam a partir de suas vidas as injustiças que sofrem em nome da lei. A injustiça é aqui um fato fáctico, é a partir da vida impossibilitada onde se denuncia e não ainda a partir de uma lei violada. O escândalo não é a violação de uma lei “superior”, mas a violência da lei com a qual a vida é impedida. A partir desta instância da vida ameaçada, chamam e reclamam. O sujeito aqui é *nu* sujeito, não pode opor nenhum status legal porque o poder lhe foi negado. O único que tem é a “si próprio”. Desde sua nudez, situa-se em pé de igualdade com a soberania da lei (se reconstruirmos o salmo, diríamos, Deus se alça *em meio* da assembléia de deuses (príncipes-juízes), para dizer aos submetidos, todos vós “sois deuses” igualmente e não deveis ser violentados).

### 2. J. Locke. *Jusnaturalista liberal*:

Desde o jusnaturalismo liberal, a questão da subjetividade real do sujeito tampouco aparece no Direito, pois também é uma subjetividade constituída a partir da lei. Todavia, ainda que haja uma grande convergência de fundo com o monismo positivista, a proposta é formalmente diferente. Há uma instância legal primordial que são os direitos naturais da lei natural. Para preservar essa ordem legal de caráter racional e necessário, surgem a sociedade politicamente constituída e a lei civil. A lei positiva tem como fundamento e limite os direitos naturais da lei natural. A lei e o poder, ao contrário do positivismo hobbesiano, podem cometer injustiça quando desconhecem ou alteram os

direitos naturais. A lei positiva é julgada a partir destes direitos naturais e o poder deve ser dissolvido pela “sociedade civil” (os indivíduos proprietários) quando atropelam seus direitos. Postula-se outra ordem legal concorrente a partir da qual se possa criticar a lei civil.

Aqui, o escândalo é a violação da lei natural e as pessoas são peças que dependem de seu restabelecimento (alguns deles, para que viva a lei natural terão que ser destruídos como “feras selvagens” porque eles desconhecem essa lei<sup>43</sup>). Não há um

sujeito que se alça frente à lei. É uma luta de legalidades a que se dá, e nesta luta de legalidades o sujeito livre não está presente porque está subsumido no indivíduo que é possuído por seus direitos naturais. O indivíduo não “tem” direitos, mas é “tido” por seus direitos.

Os direitos lhe conferem um status irrenunciável, mas também um mandato irrevogável para suas ações: preservar suas propriedades, sendo seus direitos naturais uma propriedade a defender. O indivíduo não pode renunciar a seus bens, é um mandato da lei natural, e quando seus bens são afetados deve cumprir com a “sagrada lei de autopreservação”. Os direitos naturais típicos (direito à própria vida, aos próprios bens, à própria liberdade) e sua preservação e acréscimo individual mar-

cam o horizonte de ação do indivíduo. A liberdade, por isso, está circunscrita no marco dos direitos individuais que não pode ultrapassar nem “descentralizar”, diante de outras negações com as quais não pode/deve se solidarizar, onde não cabe reconhecer outros direitos diferentes de outros sujeitos. Tem, então, que se fazer violento para responder à violência da lei civil. É a resposta do indivíduo liberal das revoluções liberais que não pode suportar, nos séculos XVII ou XVIII, o Antigo Regime, nem, no século XX, as intromis-

sões das democracias no mercado, limitando o exercício de seus direitos (como foi, por exemplo, o caso do Chile, entre outros muitos na América Latina). O neoliberalismo finissecular, também se levanta dentro da mesma lógica, com a resposta contra os estados de-

“O neoliberalismo finissecular, também se levanta dentro da mesma lógica, com a resposta contra os estados democráticos que *intervêm* na economia para garantir direitos sociais e que violentam a liberdade e a propriedade dos indivíduos, que são os “verdadeiros” direitos humanos.”

mocráticos que *intervêm* na economia para garantir direitos sociais e que violentam a liberdade e a propriedade dos indivíduos, que são os “verdadeiros” direitos humanos.

Há diversas manifestações de que este modelo onde a subjetividade real está subsumida em um status legal que chega a enganar, não somente aos outros, mas também ao próprio “titular”.

Consideremos o caso do incêndio em uma grande loja repleta de público de um centro comercial do

<sup>43</sup> “se lhe houvesse degradado e não pertencesse já à ordem das criaturas naturais, *lhes é negada também a liberdade de julgar, ou de defender seus direitos*” §91 (sub. meu).

Paraguai, ocorrido em 1º de agosto de 2004. Quando se manifestou o incêndio, os donos (pai e filho) ordenaram o fechamento das portas de saída para evitar, segundo seu julgamento, o saque de quem na fuga do fogo aproveitaria para roubar tudo o que pudesse neste momento. Os vigilantes de segurança obedeceram e fecharam as saídas (os vigilantes cumpriram com seu dever de obediência à ordem de seus superiores na relação contratual). Houve mais de 500 mortos<sup>44</sup>, entre mortos pelo fogo ou asfixiados. Mas também todo o gênero (não humano) foi destruído. Os proprietários trataram de cumprir com seu dever natural: proteger sua propriedade. Lamentaram as perdas humanas, ao mesmo tempo em que lamentavam a grande perda que eles haviam sofrido no gênero destruído (diante das câmeras, assinalaram este fato, lamentavam todas as perdas, mas que eles também eram vítimas pelo grande investimento que haviam perdido). Cumpriram com a lei da propriedade e perderam suas propriedades, mas, no momento, também sua liberdade. Não podiam deixar de cumprir esta lei. Que eram centenas de vidas comparadas com o cumprimento de seu dever de prote-

ger suas propriedades? Se atendermos à lógica lockeana<sup>45</sup>, eles não estavam obrigados a ajudar a seus clientes a sair do fogo e dos gases tóxicos se com isso cerceavam seu direito de propriedade. Eles converteram-se, por arte das presunções acerca da natureza humana, em uma multitude de ladrões potenciais. Sobre os proprietários pesou a maldição do que está “dentro” da lei e, finalmente, o assassinato do outro é suicídio.

### 3. Montesquieu. Constitucionalismo clássico:

Para Montesquieu, a liberdade dos seres humanos fundamenta-se na segurança procedente da ordem jurídica: “a liberdade política consiste na segurança”.<sup>46</sup> Apresenta o cidadão submetido a um dilema insuperável: o de ser livre de fato<sup>47</sup>, ou ser livre de direito. Se for livre de fato e, portanto, reter sua condição primária, a constituição não poderá ser livre.<sup>48</sup> A liberdade da constituição reside em sua conformidade a uma série de condições de articulação do poder (separação de poderes) e da submissão a uma forma de legalidade que inclui certas regras a seguir no exercício do *ius puniendi* dos estados.<sup>49</sup> “a liberdade somente pode fun-

<sup>44</sup> *El país*, Madri, 12 de Agosto de 2004.

<sup>45</sup> 1º: O estado de natureza é um estado de perfeita liberdade, “sem pedir permissão nem depender da vontade de nenhum outro homem” §4. 2º: cada um está obrigado a preservar-se a si mesmo e “também se verá obrigado a preservar ao resto da humanidade na medida em que lhe seja possível, quando sua própria preservação se veja ameaçada por isso; a menos que se trate de fazer justiça com quem tenha cometido uma ofensa, não poderá tirar a vida, nem entorpecê-la, nem colocar obstáculos aos meios que são necessários para preservá-la, atentando contra a liberdade, a saúde” §6. 3º: Castigo: 11§. 4º Vigência das leis naturais: “as leis municipais dos diferentes países só resultam justas quando se baseiam nas leis da natureza mediante a qual devem ser reguladas e interpretadas” §12.

<sup>46</sup> *Del espíritu de la leyes*, XII, 2.

<sup>47</sup> “A liberdade natural [é a que provém da] legislação dos selvagens”, cf. XI, 5.

<sup>48</sup> XII, 1.

<sup>49</sup> “Os conhecimentos adquiridos em alguns países e que serão adquiridos em outros, sobre as regras mais seguras a observar nos juízos criminais, interessam ao gênero humano mais que qualquer outra coisa no mundo” (XII, 2).

damentar-se sobre a prática destes conhecimentos. Um homem a quem se processa e que devesse ser preso no dia seguinte seria mais livre em um Estado onde existam as melhores leis possíveis que um paxá na Turquia”.<sup>50</sup>

A liberdade “de direito”, enquanto segurança do procedimento e certeza de direito, gera para este autor o benefício insuperável do automatismo que anula a arbitrariedade do poder. Uma vez alcançadas com o processo de racionalização do poder e do Direito “as melhores leis possíveis”, entramos no paraíso da autêntica liberdade e segurança humanas. O automatismo com que regem as leis físicas é a imagem para que olha Montesquieu para projetar o esquema da lei na modernidade. As leis devem ter algumas características (cf. XXIX, 16), como univocidade, fixidez, clareza, não contradição, não sujeitas à arbitrariedade, responder ao “senso comum”. A técnica legislativa deve aspirar a produzir boas leis que sejam aplicáveis “sem poder duvidar”, que gerem certeza no direito: “é essencial que as palavras das leis suscitem as mesmas idéias em todos os homens”.<sup>51</sup>

Se for produzido um direito certo, sua aplicação não é responsabilidade humana, mas a serviço da mesma lei: “nos julgamentos por delito, quem castiga é mais a lei que o magistrado”. Em todo o caso, a única responsabilidade consiste em ser fiel aplicador. Como *Na colônia penal* de Kafka, a responsabilidade

do oficial é lubrificar bem a máquina para que funcione por si mesma: “Até agora intervenho eu, mas daqui em diante, o aparato funciona absolutamente sozinho”.<sup>52</sup> Mas o oficial tampouco é autônomo. É servidor que corre atrás da utopia da organização perfeita que alcançou o comandante. Os legisladores, na modernidade, são os artífices do direito racional e perfeito, diante do qual só cabe a admiração, o acatamento e a entrega. É impossível a consecução de um sistema de direito perfeitamente racional e certo. O debate na teoria do direito do século XX dá conta da dificuldade de tal utopia. Mas o decisivo não é que o seja, mas que se considere *como se* fosse racional e perfeito.

Diante do céu da perfeição das leis, a vida concreta, a “liberdade natural”, a segurança do corpo é pura miséria que não pode entrar em consideração para que não tenha que parar a beleza da engrenagem que deve seguir seu curso, ainda que suponha o fim de seu artífice/mantenedor. A reflexividade do sujeito é dissolvida diante do monumento da lei.

### 3.5 Sujeito, sujeito titular e direitos humanos

Diante do que já foi exposto, vemos que é necessário distinguir entre “sujeito”, “sujeito titular” e “direitos humanos”. O sujeito, na origem, é todo desagregado. Primeiro, no “sujeito titular”. Aqui,

<sup>50</sup> *Ib.*

<sup>51</sup> XXVI, 24

<sup>52</sup> KAFKA, F., Madrid, 1996, p. 7 e ss.

visualiza-se a outra face do reconhecimento de um status ativo graças ao qual recebe um mandato de comportamento que chega inclusive a colocá-lo em perigo (e também aos outros, evidentemente). A condição de “titular” subsume ao sujeito ao definir o comportamento social a ser realizado. Tem que sacrificar aos que supõe uma ameaça/agressão e tem que se sacrificar em prol da manutenção do status alcançado, podendo, inclusive, perder-se com ele. O indivíduo proprietário tem que salvar a bolsa antes da vida, ainda que a vida siga nele (podendo ser um efeito indireto, não desejado). Se distinguirmos de um lado o pólo da subjetividade e o pólo da lei, do outro, o “sujeito titular” é a “síntese” dos dois pólos, anulando a tensão estrutural entre o sujeito e a lei. Esse é, então, o problema: o sujeito, enquanto sujeito titular está inscrito no âmbito delimitado pela institucionalização legal dos “direitos humanos”. De *nu* sujeito, chega-se ao reconhecimento, à legalização. Ao chegar ao pólo da legalidade, é produzida a criação do “sujeito titular” que é a síntese que desloca ao sujeito em função de uma institucionalização. Evidentemente, esta idéia de direitos humanos é expressa pelo ponto de vista hegemônico, não crítico. Mas o tema está em problematizar o ponto de vista hegemônico, pois é

onde se conforma em grande medida o processo de institucionalização dos direitos. Por isso, hoje, os “direitos humanos” chegam a ser, em si mesmos, uma grande causa de violência. Ao pretender manter a ordem institucionalizada como garantia para as sociedades, desata-se o que podemos chamar de “despotismo em nome dos direitos humanos”. Com isso, se apresenta o paradoxo dos direitos humanos: sendo pretensamente instituições destinadas a proteger a vida, liberdade ou segurança dos seres humanos, podem converter-se em uma fonte de violência para eles.

Vejamos esta manifestação. Dada uma lei natural, uns “direitos naturais”, ou para dizer em termos mais atuais, uns “direitos humanos”, entendidos estes como “lei de cumprimento”, quando estas leis são violadas, então exige sua “inversão” para o restabelecimento da lei descumprida: nenhuma liberdade para os inimigos da liberdade, nenhum direito para os inimigos dos direitos. Em termos não já de “guerra fria”, mas mais atuais: guerra total contra os terroristas. Para restabelecer a ordem legal dos direitos humanos, então é lícito acabar com a vida dos culpados de sua violação, assumindo com naturalidade os chamados efeitos colaterais: as mortes em massa de inocentes.<sup>53</sup> Mas o so-

<sup>53</sup> Em 17 de Setembro de 2004, ouvia uma notícia entre as que inundam nossa cotidianidade geopolítica. Ao menos 60 civis haviam morrido no Iraque quando as tropas norte-americanas bombardearam a suposta residência do líder do Al-Qaeda no Iraque. Com certeza, já não se pedem nem desculpas e menos ainda se oferecem reparação/indenização pelo dano causado às vítimas inocentes. Em 8 de Novembro de 2004, foi lançada pelo exército norte-americano, uma operação militar de destruição da cidade iraquiana de Faluya. Era a operação “Amanhecer”. Mas este amanhecer, ainda que o pretensamente piedoso Presidente dos Estados Unidos veja assim, não tem a ver com a ação do Deus dos cristãos “que faz nascer o sol sobre os bons e os maus”.

frimento e o sacrifício da morte dos inocentes não são em vão, mas são para o restabelecimento dos “direitos humanos” como ordem legal.

Por isso, consideramos que os seres humanos são o limite crítico para o funcionamento da legalidade, não “os direitos humanos”, pois esta categoria pode ser cooptada para um funcionamento despótico da legalidade. Claro que os sujeitos podem ser também despojados da capacidade de questionar o funcionamento da legalidade: os que são declarados maus absolutos, cúmplices ou simpatizantes daqueles que são declarados não-humanos; ou também as declaradas vítimas inocentes “não intencionais” ao serem justificadas suas mortes como fruto de ações “necessárias”. Mas ao se tratar de operação de repressão, é incapaz de destruir todos os rastros de sua humanidade perdida e/ou sacrificada acidentalmente. É a volta do sujeito reprimido. Os sujeitos deixam rastro. A memória dos despojos humanos volta para mostrar a bestialidade dos vencedores.

## REFERÊNCIAS

- Berger, P. *Para una teoría sociológica de la religión*. Barcelona, 1971.
- Conill, J. *El poder de la mentira*. Madrid, 1997.
- Giddens, A. *Sociología*. Madri, 1994.
- Herrera Flores, J. (Ed.). *El vuelo de Anteo: Derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao, 2000.
- Hinkelammert, F. *Grito del Sujeto: Del teatro mundo del evangelio de Juan al perro mundo de la globalización*. San José, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Solidaridad o suicidio colectivo*. Costa Rica, 2003.
- \_\_\_\_\_. “¿Hay una salida al problema de la deuda externa?”, em *El huracán de la globalización*. Hinkelammert, F. (Comp.). San José, 1999.
- Hobbes, Th. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (1651). Parte I.
- Holloway, J. *Cambiar el mundo sin tomar el poder: El significado de la revolución hoy*. 2002.
- Kafka, F. *En la colonia penitenciaria*. Madri, 1996.
- Locke, J. *Segundo tratado del gobierno civil* (1690).
- Montesquieu. *Del espíritu de la leyes*.
- Nietzsche, F. *Ecce homo: Como se llega a ser lo que es*. Madrid, 1993.
- \_\_\_\_\_. *El nihilismo: Escritos póstumos*. Península, Barcelona, 1998.
- \_\_\_\_\_. *La gaya ciencia*.
- Pabón, J. M. *Diccionario Griego-Español*, 17 ed., 1983.
- Palazoli, M. S. *El mago sin magia: Cómo cambiar la situación paradójica del psicólogo en la escuela*, Barcelona, 1996.
- Platão. *Critón o del deber: Diálogos*,



Madrid, 1980.

Tamez, E. *“Pablo y la ley en Romanos. Una relectura desde América Latina”*, Texto documentação DEI –

Departamento Ecuménico de Investigaciones. 2004.

Weber, M. *La política como vocación*, trad. F. Rubio Llorente. 2004.